

UMA REFLEXÃO SOBRE O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA¹

A REFLECTION ABOUT THE JUDICIARY RECOGNITION OF THE UNION HOMOSEXUAL AFFECTION

**Santiago Artur Berger Sito², Luciana Rodrigues Penna³
e Jaci René Costa Garcia⁴**

RESUMO

Nesta pesquisa, investiga-se a contribuição do Hegel para a formação do pensamento legal no tempo atual, aceitando o impacto da globalização. A sociedade já revela a exaustão do paradigma legalista, exemplificado na mudança do discurso baseado na impossibilidade do reconhecimento da existência de uma união constante entre homossexuais pela ausência de norma específica. Tal situação, pela quantidade de ações movidas, pode ser ligada ao mesmo objetivo: o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A análise de caso e da bibliografia permitiu a execução do trabalho. O conceito filosófico da dialética é aplicável à crise atual do paradigma, conseqüentemente, a hermenêutica legal vem se atrelando à teoria política da democracia substancial. A mudança dos conceitos é a evidência de que a dialética é a natureza das coisas. Assim, a clareza, no constante reconhecimento, apenas faz emergir o que a natureza já leva em consideração.

Palavras-chave: constituição, globalização, igualdade, poder judiciário, cidadania.

ABSTRACT

The research investigates Hegel's contribution to the formation of the legal thought in the present time, accepting the globalization impact. The society already reveals an exhaustion of the legalistic paradigm, exemplified in the change of the speech based on the impossibility to the recognition of the existence of a constant union between homosexuals to the inexistence of a specific rule. Such situation, for the

¹ Trabalho de Iniciação Científica - UNIFRA.

² Acadêmico do Curso de Direito - UNIFRA.

³ Orientadora - UNIFRA.

⁴ Coorientador - UNIFRA.

amount of moved actions, could be linked to the same aim: the recognition of a stable union between two persons of the same sex. The analysis of the case and bibliography allowed the execution of the work. The dialectic philosophical concept is applied to the present crisis of the paradigm, consequently the legal hermeneutics has been related to the politics theory of the substantial democracy. The change of the concepts is the evidence that the dialectic is the nature of the things. So, the clarity in the constant recognition just makes to emerge what the nature already takes into consideration.

Keywords: *constitution, globalization, equality, judiciary power, citizenship.*

INTRODUÇÃO

Considera-se que o momento atual da sociedade brasileira revela o esgotamento do paradigma jurídico normativista, exemplificando na mudança do discurso tradicional embasado na impossibilidade de reconhecimento judicial da existência de uma união estável entre homossexuais pela ausência de norma específica. É o momento da afirmação da democracia substancial ou substantiva, em que os cidadãos sejam sujeitos de sua liberdade, alcançando-se um paradigma além da democracia meramente formal ou procedimental, esta restrita ao sufrágio universal e à cidadania eleitoral.

Pode-se medir tal situação pela quantidade de ações judiciais movidas por indivíduos em várias regiões do país, com o intuito de obter reconhecimento judicial da união estável entre pessoas do mesmo sexo, para os mais diversos efeitos: direito de herança, partilha de bens, de adoção, de obtenção de benefícios previdenciários, dentre outros, obtendo sentenças e decisões de segunda instância procedentes.

No presente artigo, trata-se da contribuição da teoria hegeliana com o conceito de dialética e de sua influência na atual Hermenêutica Jurídica e na Ciência Política, especificamente no que se refere aos conceitos de democracia substancial, direitos fundamentais, cidadania, Princípios Fundamentais, Estado e Constituição, refletindo ainda o impacto da globalização sobre a sociedade, com todos os seus efeitos.

A DIALÉTICA HEGELIANA E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

A presença da dialética no Direito é asseverada no âmbito do trabalho hermenêutico comprometido com uma visão mais material da Constituição, em oposição ao positivismo jurídico formalista, desenvolvido pela Escola de Zurique, de onde se extrai a posição do jurista D. Schindler, retomada por Bonavides:

Há quatro momentos, de cuja união dialética o Direito se compõe: um normativo-formal e um normativo-material, um sociológico-formal e um sociológico-material (BONAVIDES, 2001, p. 157).

Assim, o constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides reconhece, na Teoria Material da Constituição, a presença necessária da dialética como método de compreender a dinâmica entre o ser e o dever-ser, entre a realidade e os valores, entre o sociológico e o jurídico (BONAVIDES, 2001).

No entanto, conceituar o instituto da dialética é mais difícil do que se imagina. Não se trata de uma mera convenção ou de algo desenvolvido para simples aplicação fática. Não se trata também de conceito fixo e estagnado, pois ela própria prega a constante construção, desconstrução e reconstrução de conceitos.

Trata-se de uma forma de percepção da realidade. A natureza em si absorve o conceito de dialética, formando ente uno, que dualiza seu interior, que se subdivide, recria-se e reinventa-se com o transcorrer do tempo.

Na verdade, a dialética é um legado, um método que Hegel demonstra permear o mecanismo cognoscível humano. Após essa demonstração, realiza diversas análises, como se produzisse prova do seu já testado método.

Quando Hegel (1997) propõe uma série de exemplos em seu discurso, faz-se necessária uma intensa reflexão. Na medida correta, individualmente concebida, percebe-se a dialética empregada na construção do texto. Não é diferente no exemplo da Dialética do Senhor e do Escravo. O senhor fornece-lhe condições de vida, alimentação, vestuário, ou seja, possibilidade de continuar a viver. Aparentemente, não há como se raciocinar de outro modo. No entanto, em determinado momento da narrativa, Hegel (1997) explora a importância do escravo para o senhor. Aqui está o embrião do “retorno”, da dialética natural das coisas.

O escravo é responsável pela conexão do senhor com as coisas. Ele é o elo que une mundo material e senhor. Sem essa comunicação, inerte seria o senhor, incapaz de interagir, e muito pior do que não ter condições econômicas: não teria oportunidade de sobrevivência. Essa possibilidade ele a deve ao escravo. Assim, a reciprocidade de necessidades estabelece vínculo de cunho dialético.

Quando Hegel (1997) propõe uma série de exemplos em seu discurso, faz-se necessária uma intensa reflexão. Na medida correta, individualmente concebida, percebe-se a dialética empregada na construção do texto. Senão vejamos: Hegel (1997) emprega a importância do senhor para o escravo e vice-versa. Sim, o senhor fornece-lhe condições de vida, alimentação, vestuário, ou seja, possibilidade de continuar a viver. Aparentemente, não há como se raciocinar de outro modo.

Contudo, em determinado momento da narrativa, Hegel explora a importância do escravo para o senhor. Aqui está o embrião do “retorno”, da dialética natural das coisas.

Assim, infere-se que os atos humanos são delineados pelas correntezas da dialética. O homem é parte dessa natureza dialética. Nenhum ser humano permanece fixado em figuras cuja linguagem enjaula e mantém cristalizada. A transição é natural e inexorável. São apenas fatos.

Esse constante reconceituar recebe o nome de “fluidificação dos conceitos”, que Hegel demonstra em suas manifestações, provando assim a dialética da natureza das coisas. Dessa maneira, Hegel elucida: “do que a filosofia se ocupa é de ideias, não do conceito em sentido restrito; mostra, pelo contrário, que este é parcial e inadequado [...]” (HEGEL, 1997).

Tanto o tribunal hegeliano, como a já referida dialética do senhor e do escravo são, assim como a união homoafetiva, conceitos em constante transição, fato que o direito deve perceber, admitir e acompanhar, na medida de suas capacidades.

O DESGASTE DE UM VELHO PARADIGMA HERMENÊUTICO NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

A sociedade moderna, vista como policêntrica, é considerada como avessa à manutenção da tradição. Portanto, o presente das relações sociais estaria sendo caracterizado pela incerteza e pela instabilidade, por uma busca incessante de resignificação. Este pode ser um argumento viável para a compreensão das crises e da transformação das instituições e do Direito no século XXI, pois em uma tal condição, os indivíduos estariam pressionados a fazer escolhas o tempo todo e a justificá-las, demonstrando que foram as escolhas corretas (BAUMAN, 2000, p. 138).

Nesse sentido, analisam-se novas decisões no âmbito jurisdicional, pois se acredita estar vivenciando, neste século, uma grave crise interpretativa do Direito e que os seus efeitos estão refletidos, prioritariamente, no desgaste do conhecido paradigma hermenêutico: o positivista-liberal.

Dessa forma, a sociedade brasileira, que enfrenta os desafios e consequências negativas e alienantes do processo de globalização⁵ a que estão subtidas também todas as sociedades do planeta, reflete a ação de forças sociais tradicionais e a organização de novos grupos que passam a atuar abertamente pela defesa de seus direitos e interesses, através de movimentos sociais, associações e organizações não governamentais.

⁵ Utilizou-se o termo globalização neste texto com os significados que lhe atribui o sociólogo Boaventura de Souza Santos, na obra: *A Globalização e as Ciências Sociais* (2005). Segundo esse autor, a globalização nos países desenvolvidos é bem diferente daquela que atinge os países não desenvolvidos ou de economias periféricas.

Conforme as palavras de Rosenfield:

O espírito do mundo, concretizando-se naquilo que está por morrer, anuncia, no presente, o que está por nascer. O que assim se engendra choca-se com as representações e preconceitos estabelecidos e, por isso mesmo, não logra afirmar-se imediatamente. Nesse embate, a filosofia tenta desvencilhar, da trama dos conceitos, aquelas categorias que estão apenas voltadas para o passado e as que, ao enfrentarem os desafios de pensar o presente, se voltam no mesmo movimento para o futuro (ROSENFELD, 1993, p. 7).

Nesse trecho, o filósofo Rosenfield (1993) explicita a diferença entre os velhos paradigmas e as novas preocupações, discutindo sobre a possibilidade do abandono do antigo e conservador paradigma da hermenêutica normativista-analítica, diante de uma nova ordem principiológica, marcadamente democrática e material, capaz de abrir novos horizontes para a reflexão político-jurídica.

Impossível abordar o tema sem mencionar a globalização como momento histórico presente e salienta-se que um de seus reflexos é a crescente reivindicação pela substancialidade da democracia. Portanto, percebe-se que, atualmente, vários são os atores sociais que empreendem uma discussão voltada para temas contemporâneos, ou seja, uma sociedade que vislumbra o futuro. A regra é aprender, rediscutir e repensar velhos textos legais em seu tempo se torna o ponto de partida para a formação de uma nova concepção.

Como o conceito de globalização é problemático, devido as suas múltiplas interfaces e interpretações, trata-se, no âmbito desta discussão, de reivindicar dentro das percepções sobre a globalização, também o sentido do acirramento da luta contra a exclusão social, o que pode ser identificado como o fenômeno de um processo de globalização contra-hegemônico, pois a globalização hegemônica seria aquela marcada por relações de poder desiguais (SANTOS, 2006, p. 400).

Contudo, há que se admitir que as imperfeições do ordenamento jurídico nacional, por natural evolução da arte da argumentação jurídica (mais do que nunca fomentada pela produção filosófica), encontram-se em constante reconstruir, visando a um aperfeiçoamento. Existe uma preocupação de efetivação dos direitos e garantias constitucionais, mesmo sem expressa identificação legal.

Não é mais a exigência da norma positivada que impede a utilização de certos institutos jurídicos. A nova ordem reconhece microssistemas que sequer possuem letra legal, que dirá codificação. Essa possibilidade dá azo ao

reconhecimento das uniões estáveis entre homossexuais, baseada na analogia subsumida no art. 226, § 3º da CF/88.

Não deseja o Estado delimitar as formas das entidades familiares, muito menos sua estruturação. Cabe ao ente estatal reconhecê-las, dar-lhes guarida e protegê-las em eventuais tentativas de retrocesso legal. Tudo sobre o aval do norteador Direito de Família, seara mais humana da ciência jurídica, que eleva, acima de qualquer valor jurídico, a humanidade do instituto chamado afetividade.

A partir desse momento histórico, observa-se também o abandono das formalidades tidas como “real exercício de direito”. Possuir direitos políticos, poder votar e ser votado são apenas expressões do (cada vez mais) novo conceito de cidadania. Efetivar suas participações através de “lobbys”, greves, embates sindicais, mandados de segurança coletivos, etc. são métodos de uma verdadeira democracia.

A participação democrática atinge todos setores públicos e privados. Conselhos e organizações internacionais e regionais deliberam, diariamente, sobre questões de impacto global. Nunca a democracia foi tão explorada na sua essência.

Como consequência interna, tem-se essa revolução político-jurídica, que mesmo a passos lentos, molda-se na nova sociedade brasileira, que inicia uma transformação jurídica e cultural para acatar a legitimidade de determinadas diferenças sociais e individuais.

A HOMOAFETIVIDADE E O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL: O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DO DESAFIO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

A democracia é uma conquista da sociedade brasileira, cujo ponto de partida foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A nova hermenêutica constitucional, a partir dela desenvolvida pelos juristas brasileiros, vem a reafirmar a referida transição e, dentre outras coisas, alcançar a abertura de espaços públicos outrora fechados, pois durante o regime autoritário, a participação nos espaços estava condicionada aos interesse políticos, camuflados de critérios de segurança nacional, e fixados pelo próprio regime.

Com isso, tais espaços públicos, desde a redemocratização ocorrida no Brasil a partir de 1985, passaram a ser preenchidos por novos sujeitos sociais e políticos: novos partidos políticos, novos movimentos sociais e organizações não governamentais. Sua atuação é de suma relevância para a manutenção das conquistas democráticas instituídas formalmente no acordo de transição para a democracia.

Sabe-se que todas as transições para a democracia irão iniciar pelo estabelecimento da democracia meramente formal e que mesmo essa dependerá, para o seu êxito, da força de um consenso de interesses de quem participou da realização desse pacto, em torno da manutenção de garantias democráticas básicas (por exemplo, da realização de eleições periódicas e de constitucionalização de garantias aos direitos individuais).

Segundo ensina Przewoski (1997, p. 23): “o que ameaça os regimes autoritários não é a quebra de legitimidade, mas a organização da contra-hegemonia: projetos coletivos para um futuro alternativo.”

Nessa esteira de pensamento, entende-se que os projetos coletivos para um futuro diferente, mais humano e mais justo, são construídos pela ação permanente da sociedade civil, organizada em coletividades que lutam pela igualdade de direitos, em uma verdadeira manifestação de poder constituinte popular e constante, que se estende para muito além do momento da promulgação de uma nova ordem constitucional, não tendo tempo determinado para ser considerada suficientemente acabada.

Alerta o autor:

Pactos políticos são cartéis de participantes do poder contra seus contendores, e restringem a competição, bloqueiam o acesso e distribuem benefícios em termos de poder político entre seus participantes. Seu efeito é retardar o processo de transição ou até mesmo bloqueá-lo definitivamente, dadas outras condições (PRZEWOSKI, 1997, p. 38).

Os entes que defendem as causas relacionadas às questões de gênero, como a da homoafetividade, dentre outras, representam a voz que clama por justiça social e não pode ser ouvida a não ser através dessa representação pública, pois milhares de cidadãos brasileiros vivem discriminações, não possuem recursos e meios de acessar diretamente à esfera pública e defender seus direitos.

Assim, tais movimentos e entidades apontam para o caminho de uma democracia substancial no país, trazendo ao poder judiciário e às instituições estatais o dever e o desafio de implementar as garantias de direitos estabelecidos nos Princípios Fundamentais da Carta de 1988.

Percebe-se que, hoje, a sociedade brasileira, ao tomar ciência de decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva, e obtendo com maior frequência através das mídias, televisiva e impressa, informações mais nítidas sobre tais decisões, reflete a realidade de discriminação que, historicamente,

tem lesado os direitos fundamentais dos indivíduos homoafetivos, que, individualmente ou em forma de organização coletiva, recorrem com maior intensidade ao poder judiciário na defesa de seus interesses.

As decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento de direitos fomentam tal busca pelo sistema de justiça, pois estabelecem o reconhecimento de uniões homoafetivas, as adoções por parte de casais homossexuais, o reconhecimento da existência de direitos patrimoniais em heranças e partilhas, a obtenção de benefícios previdenciários, dentre outras.

Recorda-se, neste momento, que o Direito Civil brasileiro, tradicionalmente, padece de um forte traço conservador. Segundo a lição do civilista Orlando Gomes, ao analisar o teor do Código Civil de 1916 (vigente no Brasil até 2002):

O conservantismo na disciplina das relações de família revela-se, expressivamente, na regra contida no parágrafo único do artigo 315 do Código, pela qual o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges. A indisposição para com o divórcio, no Brasil, é antiga (GOMES, 2006, p. 15).

Assim, não surpreende que ainda hoje, mesmo com a “Constituição Cidadã”, a Carta Política de 1988, não haja previsão constitucional sobre reivindicações dos cidadãos ligada à questão do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, restando comprovado o perfil tradicional e conservador da concepção legal da família.

Destaca-se, então, nesse contexto jurídico, a posição inovadora de tribunais como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no qual os desembargadores manifestaram, em diversos processos, entendimento pela procedência de pedidos e recursos com os objetos acima mencionados, com base em interpretação sistêmica do Direito, informada pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais.

Salienta-se, sem dúvida, tratar-se de um pioneirismo da Justiça rio-grandense, ainda não acatado pelo poder judiciário em geral, pois na questão do reconhecimento das uniões homoafetivas a jurisprudência gaúcha reflete uma postura comprometida com a materialização da democracia.

Gradativamente, desse modo, o poder judiciário atualiza a ideia de democracia substancial, enquanto igualdade material, ou seja, concreto acesso a direitos perante a lei e a Constituição, afastando a democracia de seu conceito utópico e a aproximando da realidade cotidiana dos cidadãos, concretizando-a através da atuação jurisdicional.

Eis exemplos de jurisprudências nesse sentido:

“Apelação cível. União homossexual estável. Indeferimento da petição inicial. É juridicamente possível o pedido de reconhecimento e dissolução de união homossexual estável, bem como o pedido de partilha de bens móveis e indenização por dano moral. Contudo, mantém-se o indeferimento da petição, por falta de interesse jurídico da autora, quanto aos pedidos de posse e propriedade de um animal e manutenção no imóvel locado, onde residia com a ré. Apelação parcialmente provida, por maioria. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70017073933, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 09/11/2006).”

Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2005).

As palavras da desembargadora gaúcha, Maria Berenice Dias, na segunda ementa, descrevem a profundidade do instituto da afetividade, por se tratar de uma exteriorização do sentimento humano. Entende, assim, que todas as tentativas realizadas até hoje para reconhecimento de união homoafetiva que foram julgadas improcedentes são, em tese, violações aos direitos humanos, especialmente o direito à diferença e ao reconhecimento da natureza ou da dignidade da pessoa humana.

A procedência de alguns pedidos, na atualidade, é tendência que reflete a adoção de novos significados aos princípios constitucionais e jurídicos, em nome da construção de uma nova ordem de valores para a sociedade brasileira, uma ordem que não apenas formalmente reconheça as liberdades individuais, mas as torne reais.

Tal como sustenta Telles Junior (2004, p. 3): “De todos os fenômenos do Universo, o que mais nos deve maravilhar é o da liberdade humana”.

Neste momento histórico, acredita-se na construção de uma ação social e política que faça avançar cada vez mais, o pensar jurídico no Brasil. Dessa forma, de decisão em decisão, a transformação se avulta, ganha força, calcada em importante ideal filosófico: a dialética que impulsiona a transformação da sociedade no caminho da democracia substancial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o filósofo Hegel materializou seu estudo, inicialmente, preocupou-se em estruturar, didaticamente, seu método. Após, colocou-o em prova, analisando a realidade, conceitos como constituição, estado, desconstruindo teses, modificando-as e, finalmente, reconstruindo-as, provou a firmeza e flexibilidade da dialética.

Firmeza, pois até hoje persiste em contribuir ideologicamente, como contribuiu ao marxismo. Flexibilidade porque prega a fluidificação de conceitos, incluindo seu próprio, daí advindo uma grande dificuldade de conceituá-la. O que é dialética hoje pode deixar de ser dialética no futuro. Da mesma forma, a dialética que Hegel (1997) concebeu difere da atual concepção, não essencialmente, mas formalmente.

Essa contribuição se encaixa na formação da nova ordem político-jurídica ao passo que transforma conceitos do direito sem previsão até a aplicação de analogias da interpretação, baseada numa hermenêutica humana e racional, ao invés de um olhar frio e positivista.

O termômetro que possibilita essa visualização é a jurisprudência.

Desse modo, há como mensurar a evolução técnico-científica do instituto da união estável, tanto em termos de argumentação jurídica, propagada pelas partes, como nas decisões judiciais.

Nota-se que, na atuação dos magistrados, se cria e recria o Direito e, no caso em estudo, se percebe o despontar de uma nova orientação política na sociedade brasileira, onde a atuação do Poder Judiciário, que, por sua vez, representa a vontade do Estado democrático de Direito ante os conflitos de interesse na sociedade, traz a teoria política da democracia substancial, praticando-a em nível decisional.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PRZEWOSKI, Adam. Como e onde se bloqueiam as transições para a democracia? In: MOISÉS, José Álvaro; e ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon (Orgs.). **Dilemas da Consolidação da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ROSENFELD, Denis. **Introdução ao Pensamento Político de Hegel**. São Paulo: Ática, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A Criação do Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.